

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR  
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL  
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

**MARTO YOSHIMINE NETO**

**DO CONFRONTO ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO DAS  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO INQUÉRITO POLICIAL SOB  
O CRIVO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO  
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO  
2015**

**MARTO YOSHIMINE NETO**

**DO CONFRONTO ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO DAS  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO INQUÉRITO POLICIAL SOB  
O CRIVO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Fundação Universidade Federal de Rondônia –  
UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves  
Quiles – Cacoal, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada  
sob a orientação da professor M.e Bruno Milenkovich  
Caixeiro.

**CACOAL - RO  
2015**

Y65c	<p>Yoshimine Neto, Marto.</p> <p>O confronto entre o interesse público e privado das interceptações telefônicas no inquérito policial sob o crivo das garantias constitucionais/ Marto, Yoshimine Neto – Cacoal/RO: UNIR, 2015.</p> <p>50 f.</p> <p>Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.</p> <p>Orientador: Prof. Me. Bruno Milenkovich Caixeiro.</p> <p>1. Processo penal. 2. Democracia. 3. Inquérito policial. 4. Interceptação telefônica. I. Caixeiro, Bruno Milenvovich. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.</p> <p>CDU – 343.1</p>
------	---

# **DO CONFRONTO ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO INQUÉRITO POLICIAL SOB O CRIVO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

**MARTO YOSHIMINE NETO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

---

Professor M.e Bruno Milenkovich Caixeiro - UNIR - Presidente

---

Professor M.e - UNIR - Membro

---

Professor M.e - UNIR - Membro

Conceito: \_\_\_\_\_

Cacoal, ..... de Julho de 2015.

*Dedico este trabalho a minha filha Marianne Yoshimine e ao meu futuro filho Miguel Yoshimine, a minha esposa Ducréia, aos meus pais Marcos e Miriam, e aos meus irmãos Jean Carlos e Marcos por acreditarem em meu potencial e por me apoiarem.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Agradeço primeiramente a Deus, por proporcionar paciência e sabedoria para o alcance desta conquista.*

*Ao meu orientador, Professor M.e Bruno Milenkovich Caixeiro, por toda dedicação, pelo excelente, brilhante e árduo trabalho de ensinar.*

*Às Professoras M<sup>a</sup> Sonia e M<sup>a</sup> Daeane, pela excelente ajuda na elaboração deste trabalho.*

*Aos demais Professores do Departamento do Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal, pelos conhecimentos transmitidos ao longo do período de graduação.*

*A todos os amigos que direta ou indiretamente me auxiliaram, ajudaram e até mesmo atuaram nos momentos mais difíceis, de alguma forma.*

*“Agradeço todas as dificuldades que enfrentei; não fosse por elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmo as críticas nos auxiliam muito. Ninguém é bom por acaso; a virtude deve ser aprendida.”*

*Chico Xavier*

## RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem o fim de analisar do confronto entre o interesse público e privado das interceptações telefônicas no inquérito policial sob o crivo das garantias constitucionais tendo em vista que, atualmente, os trabalhos policiais que resultam grandes repercussões são quase que sempre frutos de investigações que se estruturam em interceptações telefônicas. E devido este meio de investigação ser muito invasivo a vida privada do investigado, procurou-se sob o manto da Constituição Federal elencar subsídios para o deferimento ou indeferimento de tal medida na fase inquisitiva. Assim, utilizou-se do método jurídico denominado dogmático visto que o princípio constitucional da legalidade é um dos alicerces de um Estado Democrático de Direito. Também, buscou-se sob a perspectiva filosófica jurídica da zetética compreender as divergências de interesses acerca da violação de liberdade e o cumprimento dos direitos e garantias constitucionais. A pesquisa bibliográfica foi o caminho utilizado para a construção do presente trabalho acadêmico. Ressalta-se que a lei nº 9.296/96 disciplina a interceptação das comunicações telefônicas, porém a discricionariedade do juiz é fator decisivo para o deferimento de pedido da autoridade policial a respeito de uma investigação policial a qual colherá a materialidade e autoria delitiva por meio da interceptação telefônica.

**Palavras-chave:** Democracia. Inquérito policial. Interceptação telefônica.



## **ABSTRACT**

This course conclusion work is to analyze of the confrontation between and public and private interest of the telephone interceptions in the police investigation under the scrutiny of constitutional guarantees given that currently the police work resulting large repercussions are almost always fruits investigations that are structure telephone interceptions. And because this means of investigations to be very invasive of privacy investigated, it was also under the cloak of the constitution to list grants for the approval or rejection of such a measure in the questioning phase. Thus, we used the legal method called dogmatic as the constitutional principle of legality is one of the foundations of a democratic state. Also sought under the legal philosophical perspective of zetetica understand the differences of interest about the violation of freedom and the fulfillment of rights and constitutional guarantees. The literature was the way used for the construction of this academic work. It is noteworthy that law 9.296/96 regulates the interception of telephone communications, but the discretion of the judge is a decisive factor for the applications for approval of the police authority about a police investigation which reap materiality and delitiva authored by telephone interception.

**Keywords:** Democracy. Police investigation. Telephone interception.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>13</b>
1.1 CARACTERÍSTICAS DO ESTADO.....	13
1.2 ASPECTO FILOSÓFICO DA LIBERDADE .....	19
1.3 A CONSTITUCIONALIDADE DA PRIVACIDADE .....	22
1.4 COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA.....	25
<b>2 FASE INQUISITIVA .....</b>	<b>29</b>
2.1 INQUÉRITO POLICIAL .....	29
2.2 CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO .....	32
2.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	34
<b>3 INTERESSE PÚBLICO <i>VERSUS</i> INTERESSE PRIVADO .....</b>	<b>39</b>
3.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL .....	41
3.2 LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DOS JUÍZES.....	43
3.3 OS REQUISITOS PARA A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA .....	45
3.4 A ANÁLISE FILOSÓFICA.....	47
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>
<b>OBRAS CONSULTADAS .....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

O que levou a construir o presente trabalho acadêmico acerca do confronto entre o interesse público e privado das interceptações telefônicas na inquisitiva é a notoriedade que a imprensa brasileira veicula a este meio investigativo. E a partir disso, buscar essa notoriedade para o meio jurídico é verificar a legalidade quando do deferimento ou indeferimento de pedido de investigação criminal a qual se utilizará da interceptação telefônica na comprovação de autoria e materialidade criminal.

É de ressaltar que na Constituição Federal pátria, os direitos e garantias constitucionais significam os freios e contra pesos que o Estado deve respeitar e cumprir quando houver o confronto entre os interesses públicos e privados, principalmente na esfera criminal. E partindo desse entendimento, o Estado Democrático de Direito representa a superação de outras modalidades de governança porque o princípio da legalidade instrumentaliza e formaliza a atuação estatal.

É notório que a tecnologia tornou a vida mais prática e diminui distâncias, e um exemplo dessa aproximação das pessoas é o uso da telefonia. Hoje, se comunicar por meio de uma linha telefônica é uma ação comum e rotineira devido às facilidades de aquisição. Todavia, o progresso tecnológico da telefonia é, também, utilizado para o crime. A par desse cenário, foi criada a Lei nº 9.296/96 a qual disciplina a interceptação telefônica.

Diante disso, o presente estudo acadêmico será montado por meio de pesquisas bibliográficas, isto é: livros doutrinários, jurisprudências do STJ e STF, e artigos científicos a respeito do tema. O método utilizado será o dogmático quando

se tratar das leis e o método zetético a respeito do confronto entre o interesse público e privado das interceptações telefônicas.

Dentre os autores pesquisados para a criação deste trabalho estão: Ferraz JR. (2010), Bulos (2010), Gusmão (2010), Dallari (2011), Nucci (2010), Chaui (2010), tendo em vista que estes autores tratam dos assuntos em estudo com muita precisão e clareza.

Assim sendo, o primeiro capítulo abordará o Estado Democrático de Direito, isto é, as suas características. Após este entendimento, se inicia a análise do aspecto filosófico da liberdade em consonância com a proteção constitucional da privacidade. E para finalizar a comunicação telefônica. Portanto, se começa do geral para o individual.

Já no segundo capítulo discutiremos acerca da fase inquisitiva a qual é a fase processual porque neste momento há o efetivo combate a criminalidade por meio da força policial. Acrescentando que o critério dogmático na análise das leis será o caminho para se efetivar o princípio da legalidade.

E no terceiro capítulo acerca do interesse público *versus* o interesse privado das interceptações telefônicas no inquérito policial. Neste capítulo, abordaremos os princípios constitucionais que o juiz faz uso quando do deferimento de uma interceptação telefônica.

Após a leitura desta obra acadêmica, se abrirá espaço para debater, discutir e revisar pontos e trechos deste trabalho de conclusão de curso porque o debate acadêmico fortalecerá aos futuros bacharelados em direito o fortalecimento da Constituição Federal.

## 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No limiar do presente estudo acadêmico é salutar entender o sentido jurídico do que representa um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a partir de tal entendimento vislumbra-se que a participação popular para a constituição de leis que o representem e o cumprimento efetivo da norma constitucional dever ser uma ação constante.

Assim, “[...] o Estado Democrático de Direito surge em oposição ao Estado de Polícia – aquele autoritário, que apregoa o repúdio às *liberdades públicas*, no sentido mais vasto e completo que esta expressão possa ensejar.” (BULOS, 2010, p. 78 – 79) [grifo do autor].

### 1.1 CARACTERÍSTICAS DO ESTADO

Desta forma, antes de iniciar a construção do presente trabalho acadêmico, é necessário compreender o termo Estado, e dependendo do ângulo de interpretação que se queira embasar haverá entendimentos da área filosófica, sociológica, política e jurídica. “O problema da gênese do Estado não tem solução científica. Pode-se admitir não haver uma única origem, pois deve ter sido várias”. (GUSMÃO, 2010, p.372).

Partindo da temática de que não há uma solução pacífica para o início de um Estado, devem-se buscar entendimentos elementares para compreender seu significado. Assim, Bulos (2010, p. 74) diz que:

Técnicamente, Estado não se confunde com país. O primeiro é formado por três elementos, conformadores de sua estrutura: povo, território, governo independente ou soberania. Já o segundo refere-se à paisagem, aos aspectos físicos e naturais, ao *habitat*, à flora e a fauna, às crenças, às lendas, aos mitos, manifestando a unidade geográfica, histórica, cultural, econômica e política. [grifo do autor]

Assim, povo, território e soberania são elementos que estruturam a formação de um Estado tendo em vista que outros elementos caracterizam o termo país. Essa diferenciação traduz que “*povo* (população) ou *coletividade*, *território* e *soberania*, esta entendida como poder soberano sobre um território, criador de vínculos

políticos e, propriamente, do governo, são os elementos do Estado.” (GUSMÃO, 2010, p. 359) [grifo do autor].

Compreendido os elementos caracterizadores de um Estado nacional, no caso brasileiro existe uma semelhança acerca dos nomes, isto é, entre a nomenclatura do Estado nacional e o país.

Note-se que o nome do Estado brasileiro, qual seja *República Federativa do Brasil*, coincide com o nome do País: Brasil. Isso, contudo, é mera coincidência, como ocorre em outras plagas, a exemplo da Espanha (nome do Estado e do País) e dos Estados Unidos (nome do Estado e do País). Logo, o nome do Estado e o nome do país podem ou não ser os mesmos. É o caso de Portugal (nome do País e não do Estado) e República portuguesa (nome do Estado e não do País), que não coincidem quanto à nomenclatura. (BULOS, 2010, p. 75). [grifo do autor]

Ratificando a afirmativa expressa acima é uma mera coincidência que o nome do Estado brasileiro que é República Federativa do Brasil é igual ao nome do país: Brasil. Explicado a diferenciação jurídica das palavras entre Estado e País tendo em vista que alguns Estados nacionais elas se mesclam é importante ter o entendimento do fator histórico do surgimento de um Estado.

A denominação *Estado* (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em “O príncipe” de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também a denominação de *estados* a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. (DALLARI, 2011, p. 59).

Assimilar o entendimento histórico da criação de um Estado é perceber circunstâncias de época que o viabilizaram. “Mas, seja qual for a razão, o Estado só surgiu com a centralização, monopolização e organização do poder político de natureza coercitiva, por ele monopolizado”. (GUSMÃO, 2010, p. 372).

Dallari (2011, p. 59) afirma que:

De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não se reduz a uma questão de nome, sendo mais importante o argumento de que o nome Estado só pode ser aplicado com propriedade à *sociedade política dotada de certas características* bem definidas. [grifo do autor].

De acordo com o autor, não é a palavra em si, mas o seu significado que materializa a existência do ente estatal. E para fortalecer a autoridade do ente estatal, cada indivíduo abdicou de uma pequena parcela de sua autonomia o qual é fundamental para legitimar a atuação da autoridade.

O antecedente mais remoto da afirmação clara e precisa de que o homem é um ser social por natureza encontra-se no século IV a.C., com a conclusão de *Aristóteles* de que “o homem é naturalmente um animal político”. [...]. Quanto aos irracionais, que também vivem em permanente associação, diz *Aristóteles* que eles constituem meros agrupamentos formados pelo instinto, pois o homem, entre todos os animais, é o único que possui razão, o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto. [...] Muitos autores pretendem ver o mais remoto antecedente do contratualismo em “A República”, de *Platão*, uma vez que lá se faz referência a uma organização social construída racionalmente, sem qualquer menção à existência de uma necessidade natural. O que se tem, na verdade, é a proposição de um modelo ideal, à semelhança do que fariam mais tarde os utopistas do século XVI, como *Thomas Moore*, na sua “Utopia”, ou *Tommaso Campanella* em “A cidade do Sol” (DALLARI, 2011, p. 21-22-24). [grifo do autor]

Partindo da concepção de que viver em coletividade a humanidade se fortalece para enfrentar as intempéries da vida cotidiana e estabelecido um regramento para essa convivência coletiva fica evidente que a sociabilidade faz parte da vida humana.

Assim, surgem outras características marcantes e cruciais para disciplinar a harmonia de seus membros é o poder, porque sem ele não haverá a governança. E o entendimento de Dallari (2011, p. 59) é que:

Na verdade, seja qual for a época da história da Humanidade ou o grupo humano que se queira conhecer, será sempre indispensável que se dê especial atenção ao fenômeno do poder. [...] A primeira característica a ser estabelecida é a *socialidade*, significando que o poder é um fenômeno social, jamais podendo ser explicado pela simples consideração de fatores individuais. Outra importante característica é a *bilateralidade*, indicando que o poder é sempre a correlação de duas ou mais vontades, havendo uma que predomina. É importante que se tenha em conta que o poder, para existir, necessita da existência de vontades submetidas. Além disso, é possível considerar-se o poder sob dois aspectos: ou com *relação*, quando se procede ao isolamento artificial de um fenômeno, para efeito de análise, verificando-se qual a posição dos que nele intervêm; ou como *processo*, quando se estuda a dinâmica do poder.” (DALLARI, 2011, p. 44). [grifo do autor]

Continuando os ensinamentos de Dallari (2011, p. 44) “O problema do poder é considerado por muitos como o mais importante para qualquer estudo da

organização e do funcionamento da sociedade, havendo mesmo quem o considere o núcleo de todos os estudos sociais”. Com o surgimento da sociedade há o fenômeno do poder porque é intrínseco da organização humana.

Oportuno, neste momento, é o entendimento sociológico de Gusmão (2010, p. 355) o qual diz que:

*Sociologicamente, o Estado é grupo social territorial. Nesse sentido, é o grupo que em um território tem o poder de, soberanamente, organizar-se sem ser controlado por outro Estado ou instituição, e de impor, coercitivamente, a quem estiver em seu território, a observância de sua ordem jurídica.* [grifo do autor]

É salutar assimilar os estudos sociológicos porque fornecem ao mundo jurídico subsídios na fundamentação de decisões e sentenças judiciais penais tendo em vista que a sociedade está em constante evolução. E buscar em outras ciências do conhecimento humano informações para o universo jurídico é o papel da zetética que, neste limiar, oportuniza a ocorrência da interdisciplinaridade. Diante disso, vejamos que:

Zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objetivo o direito no âmbito da sociologia, antropologia, da psicologia, da história, da filosofia, da ciência política, etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. A medida, porém, que esse espaço é aberto, elas incorporam-se ao campo das investigações jurídicas sob o nome de sociologia do direito, filosofia do direito, psicologia forense, história do direito, etc. (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 21).

Assim, a zetética será o meio de interpretação deste estudo acadêmico haja vista que a instigação, o debate e a discussão são caminhos propícios para uma melhor interpretação a respeito de fatos jurídicos. Consoante, Ferraz Junior (2010, p. 18):

[...] Zetética vem de *zetein*, que significa perquirir, dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), sua diferença é importante. O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalta algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvidas. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se um dever-ser (como deve-ser algo?)



Após a apresentação do método de estudo, impõe-se compreender o sentido da palavra democracia a qual nos remete à análise do tema sob vários enfoques.

Demos (povo) e Kato (poder), de modo que foi o regime político em que os membros da comunidade deliberavam diretamente e não tinham, para isso, representantes; posteriormente surgiu a democracia representativa, com a participação do povo sendo atribuída a quem ele desejar que o represente. Vigora, a democracia que mantém o sistema representativo onde se escolhe livremente os representantes e admite algumas deliberações diretas do povo (GUIMARÃES, 2009, p. 238-239).

Então, a democracia é o meio pelo qual o povo participa do poder, podendo ser exercido diretamente ou indiretamente. Para Kelsen, a democracia é “a forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governante e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”. (2000, p. 35).

A expressão *Estado Democrático de Direito*, tal qual empregada pelo constituinte de 1988, serve para abranger os valores que informam a República Federativa do Brasil, dentre os quais a liberdade pessoal, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento em toda a sua extensão (liberdade de discurso, liberdade de imprensa, liberdade de manifestação do pensamento), a inviolabilidade da vida, do sigilo da correspondência, do domicílio, das comunicações, do devido processo legal (em toda a sua extensão), da igualdade de todos perante a lei, da irretroatividade da lei penal, exceto para beneficiar o réu, a liberdade de culto, de locomoção, de associação, do direito de greve, dos direitos econômicos, sociais, trabalhistas, previdenciários etc. (BULOS, 2010, p. 79). [grifo do autor]

Os valores expostos neste trecho estão escritos na Constituição Federal de 1988. E reafirmando que tais valores são imprescindíveis uma vez que norteiam às ações do Estado brasileiro dentre elas a dignidade da pessoa humana.

Ao utilizar a terminologia *Estado Democrático de Direito*, a Constituição reconheceu a República Federativa do Brasil como uma *ordenação estatal justa*, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e imparcialidade dos juízes e tribunais, a responsabilidade dos governantes para com os governados, a prevalência do princípio representativo, segundo o qual todo poder emana do povo e, em nome dele, é exercido, por meio de representantes eleitos através do voto. (BULOS, 2010, p. 79). [grifo do autor]

Nucci (2010, p. 66) diz que:

O Estado deve respeitar os direitos do indivíduo, mas precisa também limitá-los, em nome da democracia, pois, para manter o equilíbrio entre o direito isolado de um cidadão e o direito à segurança da sociedade, é preciso um sistema de garantias e limitações. Aliás, esse já era o alerta feito por Karl Loewenstein ao mencionar que o Estado democrático constitucional, muitas vezes, entra num dilema, quando resolve usar *fogo contra fogo*, ou seja, para evitar que agitadores totalitários utilizem as liberdades democráticas para destruir a própria democracia, acaba atentando contra os princípios de liberdade e igualdade que tanto defende.

Ainda que em momentos de crise, em defesa de sua própria sobrevivência, o Estado democrático de direito deve respeitar os direitos fundamentais. Uma vez que solidifica o princípio constitucional da legalidade. “As normas jurídicas formam uma pirâmide apoiada em seu vértice. Eis a graduação: constituição, lei, sentença, atos de execução.” (NADER, 2000, p. 388).

Essa sustentação piramidal das normas jurídicas fortalece a Constituição Federal a qual está no ápice, isto é, ela é o marco inicial pátrio para a aplicação do direito. Portanto, Ferraz Junior (2015, p. 25) ensina que:

São disciplinas dogmáticas, no estudo do direito, a ciência do direito civil, comercial, constitucional, processual, penal, tributário, administrativo, internacional, econômico, do trabalho etc. Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente.

A dogmática é o caminho de pesquisa por meio dos textos legais, isto é, “[...] obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme à lei, para além da lei, mas nunca *contra* a lei”. (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 26).

Assim, voltando à discussão acerca das instabilidades internas de um Estado, há meios adequados para se combater às possíveis contradições de direitos e garantias humanas fundamentais. “Para assegurar o exercício de direitos tão importantes como os inerentes à natureza humana é preciso contrabalançar *autoridade e liberdade*, pois uma complementa a outra.” (NUCCI, 2010, p. 67) [grifo do autor]

Mas essa aparente contradição é passível de solução, desde que o Estado saiba dosar o quanto invade a esfera de liberdade individual em nome da segurança social e o quanto precisa limitar o direito individual para não ferir o coletivo. (NUCCI, 2010, p. 67)

Exposto uma breve análise da criação do Estado e suas peculiaridades, há subsídios para compreender à problemática que autorizaram a efetiva atividade policial em defesa da coletividade sem extrapolar as liberdades individuais em atenção ao princípio da dignidade humana esculpido na Constituição Federal que é a elucidação de crimes penais.

## 1.2 ASPECTO FILOSOFICO DA LIBERDADE

A dignidade da pessoa humana como cerne da República Federativa do Brasil atraiu dentre os vários direitos o da liberdade, e conforme Moraes (2007, p. 61) distancia o pensamento das concepções transpessoalistas de Estado e Nação em desfavor da liberdade individual.

Neste prisma, Bulos (2009, p. 83) explica que:

A dignidade da pessoa humana é o *valor constitucional supremo* que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral.

Partindo da concepção de que a dignidade da pessoa humana é o bem maior de nossa Constituição Federal, deve-se analisar sob o olhar filosófico este bem porque:

A reflexão filosófica é radical, pois vai à raiz do pensamento. Não somos, porém, somente seres pensantes. Somos também seres que agem no mundo, que se relacionam com os outros seres humanos, com os animais, as plantas, as coisas, os fatos e acontecimentos, e exprimimos essas relações tanto por meio da linguagem e dos gestos como por meio de ações, comportamentos e condutas. (CHAUI, 2010, p. 22).

Juntando o olhar filosófico do direito, Nader (2013, p. 5) expõe que “Pela profundidade de suas investigações e natural complexidade, os estudos filosóficos do Direito requerem um conhecimento anterior tanto de filosofia quanto de Direito”.

Ter conhecimento anterior enriquece o entendimento de proteções constitucionais. Portanto, “Filosoficamente, a questão da liberdade se apresenta na forma de dois pares de opostos: o par *necessidade-liberdade*, o par *contingência-liberdade*.” (CHAUI, 2010, p. 287). Continuando o pensamento da professora:

A primeira grande teoria filosófica da liberdade é exposta por Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco* e, com variantes, permanece através dos séculos chegando até o século XX, quando foi retomada por Sartre. Nessa concepção, a liberdade se opõe ao que é condicionado externamente (necessidade) e ao que acontece sem escolha deliberada (contigência). (CHAUI, 2010, p. 290).

Tal oposição mencionada pelo filósofo a respeito da liberdade significa “[...] que é livre aquele que tem em si mesmo o princípio para agir ou não agir. A liberdade é concebida como o poder pleno e incondicional da vontade para determinar a si mesma, isto é, para autodeterminar-se.” (CHAUI, 2010, p. 290).

A segunda concepção da liberdade foi, inicialmente, desenvolvida por uma escola de filosofia do período helenístico, o *estoicismo*. Essa concepção, modificada em vários aspectos, ressurgiu no século XVII com Espinosa e, no século XIX, com Hegel. Nela é conservada a ideia aristotélica de que a liberdade é a autodeterminação, assim como é conservada a ideia de que é livre aquele que age sem ser forçado nem constrangido por nada ou por ninguém e, portanto, age impulsionado espontaneamente por uma força interna própria. (CHAUI, 2010, p. 291).

Daí a importância de alguns direitos e garantias para a coletividade, e que se faz necessário buscar embasamento filosófico para melhor compreensão, e assim é a proteção a liberdade.

A fundamentação filosófica da ciência [...] é tarefa da filosofia da ciência, ou melhor, *epistemologia*. Isto é assim porque nenhum ramo da ciência pode viver sem filosofia, porque é nela que o cientista vai buscar as linhas mestras que orientam e norteiam o saber jurídico. Todas as ciências estão em estreito contato com a filosofia, uma vez que possuem princípios gerais, axiomas, e supostos que não entram no objeto que investigam, daí a necessidade de uma consideração filosófica que permita justificá-lo. (DINIZ, 1995, p. 20) [grifo do autor]

A liberdade está presente nos direitos fundamentais da primeira geração: liberdade, igualdade e fraternidade. E estes nasceram da Revolução Francesa com o fim de combater o absolutismo, isto é, as liberdades públicas.

A expressão *direitos fundamentais do homem*, como também já deixamos delineado com base em Pérez Luño, não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas *limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*.” (SILVA, 1997, p.177)

Portanto, impor limitações às ações do Estado é fazê-lo não extrapolar a força coercitiva até porque a força pertence ao povo. Ainda, “O Direito é um fenômeno histórico-social sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos nos espaço e no tempo.” (REALE, 2002, p.14).

A *primeira geração*, surgida no final do século XVII, inaugura-se com o florescimento das liberdades públicas, é dizer, dos direitos e das garantias individuais e políticas clássicas, as quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Nessa fase, prestigiavam as cognominadas *prestações negativas*, as quais geravam um dever de não-fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão [...].(BULOS, 2010, p. 103) [grifo do autor]

Percebe-se, com a ajuda dos registros históricos acerca da liberdade, que é uma luta constante esse direito tão importante nos dias atuais. Destarte Silva (1996, p. 226) explica que:

Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no *sentido negativo*, porque se opõe, *nega*, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe *sentido positivo*: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima. (SILVA, 1996, p. 226) [grifo do autor]

Na literatura jurídica a teoria do jusnaturalismo é a primeira nos estudos jurídicos. “A *Teoria do Direito Natural* é muito antiga, estando presente na literatura jurídica ocidental desde a aurora da Civilização Européia.” (GUSMÃO, 2010, p. 378).

Considerado expressão da natureza humana ou deduzível de princípios da razão, o direito natural foi sempre tido, pelos defensores dessa teoria, como superior ao direito positivo (lei, etc.), como sendo absoluto e universal por corresponder à natureza humana. Antes de Cristo, seja em Atenas, com Sófocles (*Antígona*), seja em Roma, com Cícero (*De res publica*) assim era concebido. (GUSMÃO, 2010, p. 382).

Já o contratualismo é o “movimento que distingue o *estado natural*, originário, em que teriam vivido os homens sem qualquer vínculo de subordinação a autoridade política alguma, do *estado social*, criado contratualmente.” (GUSMÃO, 2010, p. 382)

Não cabe discutir a fundo as bases filosóficas do problema da liberdade num trabalho sobre direito positivo. Contudo, alguma coisa deve ser dita a esse propósito, que esteve, no mais das vezes, sujeito a considerações idealistas (sentido filosófico) e metafísicas, que mais confundiram que esclareceram. O debate correlaciona *liberdade* e *necessidade*. Opunha-se

uma à outra. Uns negavam a existência de liberdade humana, afirmando uma necessidade, um determinismo absoluto; outros, ao contrário, afirmavam o livre arbítrio, liberdade absoluta, negando a necessidade. Ora, de um lado, a liberdade era simples desvio do determinismo necessário; de outro, desvio daquela. (SILVA, 1996, p. 224 – 225) [grifo do autor]

Deste modo, discutir filosoficamente a liberdade é buscar a sua identidade ideológica com o objetivo de verificar se ela é uma necessidade ou não. “As doutrinas contratualistas, frutos do jusnaturalismo, influíram ideologicamente não só na Revolução Inglesa (1688 – 89), como, também, na Revolução Francesa.” (GUSMÃO, 2010, p. 383 – 384).

EMENTA: Enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF, 1995)

As teorias surgem com o passar do tempo e que remodelam as estruturas sociais, econômicas, políticas e principalmente as leis. Sendo assim, a liberdade que é um direito inalienável presente em estados democráticos representa o bem maior do ser humano quer seja com seus semelhantes e com o Estado.

Portanto, a humanidade caminha para um contínuo aperfeiçoamento e a cada dia deve ser fortalecido o princípio da dignidade humana. Dessa forma, se confirmam a superação da tirania e a obediência as leis.

### 1.3 A CONSTITUCIONALIDADE DA PRIVACIDADE

A privacidade é um direito constitucionalmente protegido, e como tal emana da dignidade da pessoa humana. E no decorrer dos estudos é fundamental perceber o significado das palavras intimidade e a vida privada sob o olhar jurídico. Assim, Bulos (2010, p. 146–147) explica:

É grande a ligação entre a intimidade e a vida privada. Mesmo o constituinte tendo apartado uma expressão da outra, não há como dissociar o direito à

intimidade do direito à privacidade. Intimidade e privacidade são sinônimos e devem ser considerados valores humanos supremos, conexos ao direito de ficar tranquilo, em paz, de estar só. O que se busca tutelar são o segredo e a liberdade da vida privada. Sem sigilo ninguém pode desenvolver-se intelectualmente, pois nem sempre a divulgação e a investigação são benéficas ao homem (Pierre Kayser). Noutro ângulo, destituído de liberdade de ação, longe da perturbação de terceiros, o indivíduo jamais pode dirigir-se por si mesmo, autodeterminando sua conduta e desenvolvendo sua personalidade.

Do excerto acima, se traduz que não há uma diferenciação entre direito a intimidade e direito a privacidade devido aos objetivos de ambas que é tutelar o segredo e a liberdade privada.

Também o código civil cuida da não violação da vida privada. Desta forma, instrumentaliza a proteção àqueles que se sentirem prejudicados ao terem a vida privada exposta. Na Constituição Federal está insculpido que:

Art. 5 [...]

X – São invioláveis a intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A proteção constitucional do direito de personalidade, segundo Moraes (2007, p. 61) reforça um direito individual protetivo seja em relação ao Estado ou aos demais indivíduos, ainda um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

*A dignidade da pessoa humana* é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2007, p. 60–61).

Neste diapasão, não desrespeitar a pessoa humana é a base do Estado Democrático de Direito. “O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.” (MORAES, 2007, p. 61).

Iluminado pela norma constitucional Bulos entende que “Quando se fala em *vida privada*, termo derivado da expressão ampla *privacidade*, pretende-se designar o campo de intimidades do indivíduo, o repositório de suas particularidades de foro moral e interior, o direito de viver sua própria vida, sem interferências alheias.” (BULOS, 2010, p 147). [grifo do autor].

José Carlos Vieira de Andrade, por exemplo, detecta-os em três dimensões. Segundo ele, aquilo que denominamos direitos fundamentais “tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem se considerados direitos de todos os homens (ou categorias de homens), em todos os lugares, num certo tempo – perspectiva universalista ou internacionalistas; como ainda podem ser referidos aos direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto – perspectiva estadual ou constitucional” (*Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Livr. Almedina, 1987, p 11). (BULOS, 2010, p. 103)

Historicamente, desde o império, as constituições brasileiras “sempre fixaram em seu corpo permanente de normas uma declaração de direitos e garantias fundamentais. (BULOS, 2010, p. 103)

Aliás, existe uma peculiaridade no constitucionalismo brasileiro em relação à matéria: a Carta Política do Império do Brasil de 1824 foi a primeira Constituição do mundo a expressar, em termos normativos, os direitos do homem, antes mesmo da Constituição da Bélgica de 1831, considerada pelo italiano Paolo Biscaretti Di Ruffia a pioneira nesse assunto (cf.: *Diritto costituzionale*, 7. Ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 695-6). (BULOS, 2010, p. 103)

Vejam a preocupação de inserir em uma norma suprema os direitos do homem, sendo uma vanguarda do Estado brasileiro na proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, “*Privacidade*, numa acepção ampla, abarca as manifestações da esfera íntima da pessoa física, tais como o *modus vivendi*, as relações familiares e afetivas, seus hábitos, sua particularidade, seus pensamentos, seus segredos, seus planos futuros. (BULOS, 2010, p. 147)

O individualismo é impregnado pelo pensamento liberal, da máxima liberdade dos indivíduos e da mínima intervenção do Estado. Esta filosofia se projeta no campo político, jurídico, econômico. Seus adeptos entendem que o Direito e o Estado são apenas instrumentos para o bem-estar dos indivíduos. Esta concepção deu os seus primeiros avanços já na Idade Média, com a famosa Carta Magna, promulgada em 1215, pelo rei João Sem Terra, que atendeu a uma série de reivindicações dos senhores barões. (NADER, 2013, p. 135)



A mínima intervenção estatal na vida das pessoas visa proteger direitos sem os quais o poder estatal de forma arbitrária poderia invadir a privacidade. Porém, é imperioso ressaltar que as proteções legais não são absolutas, e haverá situações que o Estado possui respaldo jurídico para invadir tais direitos individuais ou coletivos.

#### 1.4 COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

Com o fim do regime militar, eram grandes as expectativas do povo brasileiro na construção de uma nova constituição estruturada no não cerceamento de direitos. O período ditatorial fora marcado pelo desrespeito às liberdades individuais e coletivas a bem do sistema político em vigor da época.

O sigilo de dados entrecruza-se com o segredo das comunicações telefônicas. Esse fato é muito benéfico, porque reforça a tutela da intimidade. Serve para evitar a intromissão abusada nos registros armazenados na companhia telefônica. Não interessa a terceiros desocupados a data da chamada, o número discado, o horário da ligação, o valor das contas etc. Esses dados registrados, atinentes às comunicações realizadas pelo telefone, são personalíssimos. Só podem ser quebrados por ordem judicial, com base no princípio da legalidade (STF, HC 70.814-5/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, *DJ* 1, 24-6-1994, p. 16650; *RT*, 709:418). (BULOS, 2010, p. 159).

A intimidade é protegida para evitar intromissões alheias, principalmente quando da comunicação telefônica, e essa proteção é um direito constitucional. Somente com ordem judicial se pode transpô-la tendo em vista que nenhum direito é absoluto. Conforme Silva (1996, p. 93) princípio tem o significado mandamental nuclear de algum sistema.

Apesar de o constituinte ter elencado na Constituição Federal direitos e garantias, ressalta-se que não são absolutos. E isso se deve a legitimidade que o Estado possui devido à norma constitucional.

Interessante frisar que a garantia do sigilo de dados, no posto de norma constitucional, é uma novidade trazida pela Constituição de 1988. Funciona como complemento aos direitos de privacidade (art. 5º, X) e à intimidade. Este último é exclusivo, porque não envolve a publicidade, nem a divulgação da vida particular. (BULOS, 2010, p. 159).

Veja a evolução da norma para acompanhar às mudanças tecnológicas porque atualmente muitos bancos de dados estão gravados em mídias eletroeletrônicas, assim facilitando o acesso por meio do uso da informática. Por isso, constitucionalmente protegê-las é uma garantia aos indivíduos de que apenas pessoas autorizadas judicialmente possam ter acesso aos arquivos.

**Art. 5 [...]**

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A inviolabilidade das comunicações telefônicas não é um direito totalmente protegido porque há exceções para a quebra dessa proteção constitucional. Isso se deve pelo fato da existência de crimes praticados pelo uso de linhas telefônicas, especialmente o uso de aparelhos celulares.

*Comunicação telefônica* é a transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais linguísticos, caracteres escritos, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza veiculados pelo telefone estático ou móvel (celular). (BULOS, 2010, p. 163). [grifo do autor]

Em consequência da tecnologia hoje existente, a comunicação telefônica é mais do que um instrumento de comunicação verbal haja vista que também poderá enviar textos, fotos e atualmente descrever sua localização.

[...] as exceções legais não poderiam configurar aniquilação do princípio constitucional, devendo ser balizadas pelas regras atinentes à matéria: excepcionalidade da autorização judicial, em face da ocorrência de crimes particularmente graves; observância dos requisitos *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, motivação da ordem judicial etc. (GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, 2004, p. 213).

Essa intromissão do Estado na intimidade das pessoas o qual é a exceção busca-se proteger a coletividade de ações criminosas que por meio da comunicação telefônica. Fazendo uso desta modalidade, quadrilhas planejam crimes que abalam a sociedade.

Por esta forma, é oportuno enfatizar que por meio da interceptação telefônica se combatem vários crimes dentre eles o chamado crime de colarinho branco haja

vista que a estrutura organizacional e a complexidade deste crime demanda uma documentação de provas mais robustas e contundentes na fase inquisitiva.

A Corte Suprema brasileira, na sua função institucional de guardiã da Constituição, posicionou-se no sentido garantista e cumpridora da vontade do legislador constituinte, assim mesmo, procurou avançar, buscou da plausibilidade aos casos concretos. Após sete anos de controvérsias, em julho de 1996, entrou em vigor a Lei 9.296/96, onde regulamentou as restrições à intimidade, imposta pelo legislador constituinte, constante no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal. (CASTRO, 2009, pág. 125-126).

Com o advento da lei nº 9.296/96, com o fim de instrumentalizar e uniformizar os meios de investigação policiais acerca de crimes que devido à complexidade a interceptação telefônica é meio mais eficaz, juízes estão respaldos juridicamente no deferimento da quebra de sigilo da comunicação telefônica. Outrossim, é importante observar que a lei nº 9.296/96 normatiza a comunicação por voz, dessa forma não se pode generalizar a abrangência da investigação criminal quando da utilização de outros meios de comunicação.

Portanto, é salutar compreendermos que a evolução tecnológica é uma constante para melhorar o dia a dia das pessoas. Inicialmente, a comunicação telefônica era somente por voz, e hoje é possível encaminhar: textos, fotos e fazer uso de aplicativos graças à evolução tecnológica dos aparelhos telefônicos, isto é, são verdadeiros computadores portáteis.

Neste primeiro momento, se parte do geral para o particular, porque “É o dedutivo o raciocínio que parte do geral para chegar ao particular, ou seja, do universal ao singular, isto é, para tirar uma verdade particular de uma geral.” (LAKATOS; MARCONI, 2007, p. 256). Desta forma, auxilia na busca da análise do confronto entre o interesse público e privado da interceptação telefônica a luz da Constituição Federal.

É de ressaltando que acerca do estudo das leis a forma de interpretação será o dogmático porque o princípio constitucional da legalidade embasará a pesquisa acadêmica a respeito do sistema doutrinário pátrio.

## 2 FASE INQUISITIVA

Pressupondo a ocorrência de um delito e a necessidade de sua descoberta pelo Estado que se dá pelo uso do processo, segundo as leis vigentes, se efetiva o combate a criminalidade. Assim sendo, a fase inquisitiva materializa-se com o inquérito policial o qual documenta as atividades policiais, isto é, documenta os elementos probantes da autoria e materialidade do fato delituoso. Nesta fase, o delegado de polícia é quem preside o inquérito policial, e distribui as ações a sua equipe de investigadores com o objetivo de elucidar e apurar os ilícitos penais os quais tenha conhecimento.

### 2.1 INQUÉRITO POLICIAL

Dentre os vários compromissos legais que o Estado possui está o de manter a paz coletiva e solucionar os conflitos entre as pessoas, e isto é estabelecido para que nenhum particular possa fazer uso da própria vontade se algum bem protegido legalmente tenha sido lesado ou está sob ameaça. Essa imposição legal combate a vingança privada e evita excesso. Veja-se:

Quando uma Autoridade Policial tem ciência de que em sua circunscrição territorial alguém cometeu uma infração penal, ela desenvolve intensa atividade visando à elucidação do fato, isto é, procura coligir dados a respeito da natureza da infração, sobre quem tenha sido o seu autor, e, após as investigações – que formam os autos do inquérito policial – remete-os à Autoridade Judiciária e esta os faz chegar às mãos do Promotor de Justiça, membro do Ministério Público. Para quê? Sendo o Ministério Público o titular da ação penal, como órgão do Estado é, incumbido da persecução em juízo, é natural que os inquéritos devam ir às suas mãos. É o Promotor de Justiça, e, na esfera federal, o Procurador da República, quem deve analisa-los e, então, tomar, dentre outras, umas das seguintes providências: a) requerer o arquivamento do inquérito; b) requerer a devolução dos autos à Polícia para novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; c) requerer a extinção da punibilidade; d) oferecer denúncia. (TOURINHO FILHO, 2007, p.3).

Deste excerto se apresenta os fins do inquérito policial os quais o promotor de justiça pode ter como providências tendo em vista que ele é o titular da ação penal; consequentemente, estará incumbido da persecução em juízo.

O Estado pode e deve punir o autor da infração penal, garantindo com isso a estabilidade e a segurança coletiva, tal como idealizado no próprio texto

constitucional (art. 5º, *caput*, CF), embora seja natural e lógico exigir-se uma atividade controlada pela mais absoluta legalidade e transparência. Nesse contexto, variadas normas permitem que órgãos estatais investiguem e procurem encontrar ilícitos penais ou extrapenais. O principal instrumento investigatório no campo penal, cuja finalidade precípua é estruturar, fundamentar e dar justa causa à ação penal é o inquérito policial. (NUCCI, 2010, p. 142).

Legalidade e transparência são itens importantíssimos quando da elucidação de crimes na seara penal, haja vista que o desrespeito a dignidade da pessoa humana não validará o inquérito policial. Para garantir a estabilidade e a segurança coletiva o Estado faz uso da atividade policial com o fim de investigar a respeito da autoria do crime e suas circunstâncias.

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada. (NUCCI, 2010, p. 143).

A cargo da polícia judiciária está o inquérito policial o qual é um procedimento administrativo; assim, observa os princípios do direito administrativo. Para Távora, “O inquérito é um procedimento de índole eminentemente administrativo, de caráter informativo, preparatório da ação penal. Rege-se pelas regras do ato administrativo em geral.” (2009, p. 72).

Há, basicamente, cinco modelos de dar início ao inquérito: a) *de ofício*, quando a autoridade policial, tomando conhecimento da prática de uma infração penal de ação pública incondicionada (as ações públicas condicionadas e as ações privadas dependem de provocação do ofendido), instaura a investigação para verificar a existência do crime ou da contravenção penal e sua autoria; b) *por provocação do ofendido*, quando a pessoa que teve o bem jurídico lesado reclama a atuação da autoridade; c) *por declaração de terceiro*, quando qualquer pessoa do povo leva ao conhecimento da autoridade policial a ocorrência de uma infração penal de iniciativa do Ministério Público; d) *por requisição da autoridade competente*, quando o juiz ou o promotor de justiça (ou procurador da República) exigir, legalmente, que a investigação policial se realize, porque há provas suficientes a tanto; e) *pela lavratura do auto de prisão em flagrante*, nos casos em que o agente é encontrado em qualquer das situações descritas no art. 302 do Código de Processo Penal (“está cometendo a infração penal”; “acaba de cometê-la”; “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”; “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”). (NUCCI, 2010, p. 151 – 152).

Há divergências doutrinárias acerca das possibilidades de surgimento de um inquérito policial. Porém, um critério marcante é que quando houver uma comunicação de prática delituosa primeiramente passará por uma investigação policial prévia para não existir excessos. Oportuno é ressaltar que é prescindível a existência do inquérito policial para o início da ação penal desde que comprovada a autoria e materialidade.

A denominação *inquérito policial*, no Brasil, surgiu com a edição da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-lei 4.824, de 28 de novembro de 1871, encontrando-se no art. 42 daquela Lei a seguinte definição: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”. (NUCCI, 2010, p.143)

Acrescenta-se que não é somente a polícia judiciária a detentora das investigações criminais, desta forma havendo investigações extrapoliciais. Segundo Távora (2009, p. 73 – 74) existem os inquéritos parlamentares que são presididos pelas Comissões Parlamentares de Inquéritos; inquéritos policiais militares; inquérito civil; inquérito judicial; inquéritos por crimes praticados por magistrados ou promotores; investigações envolvendo autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função; investigações particulares e investigações a cargo do Ministério Público.

É importante repetir que sua finalidade precípua é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo, seja ele o Ministério Público, seja o particular, conforme o caso. Nota-se, pois, que esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da Justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, através do inquérito, reúne à polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza a ocorrência de um delito e o seu autor. (NUCCI, 2010, p.143 – 144)

Para não existir violação a algum direito do investigado ou de forma precipitada inaugurar uma ação judicial é justificável o trabalho da polícia judiciária na apuração do fato delituoso.

[...] aos princípios gerais do processo penal – muitos deles de alçada constitucional – que, em nome da dignidade da pessoa humana, busca-se um Estado democrático de Direito em todas as áreas, mormente em Direito Penal e Processual Penal, motivo pelo qual não se pode investir contra o

indivíduo, investigando sua vida privada, garantida naturalmente pelo direito constitucional à intimidade, bom como agindo em juízo contra alguém sem um mínimo razoável de provas, de modo a instruir e sustentar tanto a materialidade (prova da existência da infração penal) como indícios suficientes de autoria (prova razoável de que o sujeito é autor do crime ou da contravenção penal). (NUCCI, 2010, p.142).

Um Estado democrático de Direito como já fora dito possui as leis como alicerce de sua existência e o povo é o detentor do poder. Assim, nas investigações policiais, os direitos e as garantias constitucionais são mantidos apesar de não haver o contraditório e a ampla defesa.

## 2.2 CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Por ser um conjunto de ações que observa os princípios e normas do Direito Administrativo, o inquérito policial possui elementos que o caracterizam. Esses elementos viabilizam as formalidades para que a autoridade policial possua legitimidade na execução das investigações haja vista que:

Cometido um fato definido na lei como crime, e tão logo lhe chegue a *notitia criminis*, instaura a polícia judiciária as investigações preliminares, através de inquérito, para que se colijam os primeiros elementos de prova que transluzem e dão contornos ao delito perpetrado. (PEDROSO, 1994, p. 54 – 55).

Nucci (2010, p.31) ensina que:

O inquérito é inquisitivo e sigiloso. Inquisitivo, porque autoridade policial colhe a prova sem necessidade de dar ciência ao suspeito, valendo dizer que não submete aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Sigiloso, porque o seu trâmite se faz sem a publicidade inerente ao processo penal, ou seja, não se permite o acesso de qualquer pessoa do povo ao procedimento administrativo investigatório.

Pelo fato do inquérito policial ser inquisitivo e sigiloso o delegado de polícia não se obriga a cientificar o investigado acerca da existência de diligências investigativas ou comunicá-lo da instauração do inquérito policial. “O inquérito é inquisitivo: as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única

autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa.” (TÁVORA, 2009, p. 77).

Ao contrário da fase postulatória, o sigilo das documentações e objetos que pertencem ao inquérito policial não permite que outras pessoas se não as autoridades públicas tenham acesso ao conteúdo das atividades investigações.

O que se deve ter em mente é que o sigilo do inquérito é o estritamente necessário ao êxito das investigações e à preservação da figura do indiciado, evitando-se um desgaste daquele que é presumivelmente inocente. Objetiva-se assim o sigilo aos terceiros estranhos à persecução e principalmente à imprensa, no intuito de serem evitadas condenações sumárias pela opinião pública, com a publicação de informações prelibatórias, que muitas vezes não se sustentam na fase processual. (TÁVORA, 2009, p. 76).

Vejam que o sigilo do inquérito policial é aquele estritamente necessário para o sucesso das investigações. Também, vislumbra-se que há uma preocupação de não denegrir a imagem do investigado por meio de uma pré-julgamento da opinião pública. “Na fase pré-processual não existem partes, apenas uma autoridade investigando e o suposto autor da infração normalmente na condição de indiciado”. (TÁVORA, 2009, p. 77).

Vale ressaltar, contudo, que existem provas não-repetíveis, também chamadas de não-renováveis, que devem ser realizadas imediatamente, pois caso contrário perecerão e não poderão mais ser produzidas, de forma a prejudicar substancialmente a demonstração da verdade real. Como então equalizar tal situação: a produção de elementos probatórios na fase inquisitorial, passíveis de valoração numa sentença condenatória, tendo, contudo, de preservar os princípios do contraditório e ampla defesa, a princípio inaplicáveis no inquérito policial. (TÁVORA, 2009, p. 82).

Algumas provas são indispensáveis para a fundamentação de uma decisão ou sentença judicial e, devido algumas delas não ser repetíveis, o inquérito policial documenta de imediato tendo em vista o lapso temporal. Assim, busca-se a verdade real dos fatos.

Na verdade, enquanto o juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no processo penal o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, que realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa a justiça. (TOURINHO FILHO, 2000, p.41, v. 1).



Neste fragmento, se entende que o juiz criminal procura a verdade real dos fatos. E essa busca de como sucedeu verdadeiramente a ação delituosa é importante porque será a base para a motivação e entendimento jurídico do magistrado.

O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente – sequer de forma concomitante – os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas às provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado. (STF, 2011).

Segundo a jurisprudência, quando da existência de medidas invasivas que reduzam a privacidade de uma pessoa, as mesmas devem ser deferidas judicialmente quando da fase inquisitiva. No entanto, não significa que o contraditório será sempre apreciado ante o pedido da autoridade policial tendo em vista que se assim fosse a interceptação telefônica não alcançaria o seu objetivo que é a materialidade e autoria da atividade criminosa.

## 2.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como já mencionado, o inquérito policial está sob a regência do direito administrativo. É justificável este ramo do direito porque a autoridade policial tem entre os princípios administrativos a disposição e a discricionariedade, ou seja, o momento mais adequado para avançar nas investigações e na colheita de provas.

Frisando que “A tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei.” (RANGEL, 2014, p. 4).

A Constituição da República Federativa do Brasil proclama, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de bens sem o devido processo legal”. O princípio significa dizer que se devem respeitar todas as

formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens. (RANGEL, 2014, p. 4).

Porém, a autoridade policial tem a obrigação de cumprir e respeitar princípios constitucionais dentre eles o da legalidade. “A tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei.” (RANGEL, 2014, p. 4)

Cometida a infração penal, nasce para o Estado o direito-dever de punir (pretensão punitiva), consubstanciado na legislação material, com alicerce no direito fundamental de que *não há crimes sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine*. (NUCCI, 2010, p. 77)

Reiterando o que já fora estudado no primeiro capítulo do presente trabalho, o Estado tem a função de zelar pela harmonia coletiva. E quando uma pessoa pratica algum crime, surge para o Estado a pretensão punitiva a qual já foi previamente pré estabelecida, isto é, o código penal e as leis penais especiais tipifica as ações e suas respectivas penalidades.

A garantia da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, Constituição) é vetor cultural do processo, e atua no *status* do acusado e como indicativo do sistema probatório, exigindo, igualmente uma defesa substancial e não apenas formal. Desta maneira, traduzirá a forma de tratamento do acusado, não mais visto como um objeto do processo, mas sim um sujeito de direitos dentro da relação processual. Como tal presunção (ou estado) perpassa toda a tutela jurisdicional, apresenta manifestações, v.g., no direito à prova, direito ao duplo grau de jurisdição (com a impossibilidade da imposição de sua prisão como forma de dar prosseguimento ao recurso) e na qualificação do tormentoso tema no direito brasileiro que é a definição do que são *maus antecedentes*. Malgrado parte da doutrina ter-se posicionado acerca do tema, os Tribunais ainda tem certa timidez na extração das consequências máximas de tal princípio. (CHOUKR, 1999, p. 27 – 28). [grifo do autor].

No entanto, a Constituição Federal normatiza a presunção de inocência àqueles que infringem as leis, principalmente na área penal, porque a liberdade poderá ser restringida. Assim, “A liberdade é a regra; o cerceamento à liberdade de locomoção, a exceção”. (RANGEL, 2014, p. 4).

Diferentemente do processo civil em que há a discussão formal do processo, no processo penal existe uma defesa substancial porque o acusado detém direitos constitucionais.

A propósito, ressalta Frederico Marques que o inquérito policial não se confunde com a instrução. Objeto do primeiro é a obtenção de dados informativos para que o órgão da acusação verifique se deve ou não propor a ação penal. Objeto do procedimento instrutório ou é a colheita de provas para demonstração da legitimidade da pretensão punitiva, ou do direito de defesa, ou então a formação da culpa quando se trata de processo da competência do Tribunal do Júri. Como mostrou Petrocelli, o inquérito policial se destina a pôr o fato em contato com o órgão da ação penal, e a instrução o fato em contato com o Juiz. (PEDROSO, 1994, p. 56).

Cristaliza-se que a fase inquisitiva possui como destinatário o órgão de acusação, e formado a sua convicção para existência do fato criminoso inicia-se a fase postulatória oportunidade que haverá o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, e embora inexista contrariedade na investigação preliminar, não está o advogado impedido, mesmo diante do sigilo do inquérito e da incomunicabilidade do indiciado, de comunicar-se com este e compulsar os autos da investigação. (PEDROSO, 1994, p. 59).

Repisando que a fase inquisitiva não há o contraditório o advogado possui acesso ao inquérito policial apesar do sigilo das investigações. E essa prerrogativa do advogado é constitucional, consoante o texto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]  
LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]. (BRASIL, 1988).

Consequentemente, “A *defesa técnica*, isto é, aquela exercida pela atuação profissional de um advogado, é um corolário da ampla defesa.” (BULOS, 2009, p. 302). [grifo do autor].

Seja como for, a defesa técnica deve estar presente durante todo o desenrolar da *informatio delicti*. Não se trata de simples assistência passiva, pois o advogado, no dizer de Rogério Lauria Tucci, não é mero espectador dos atos praticados pela autoridade ou seus agentes. Muito mais do que isso, significa assistência técnica, na acepção jurídica do termo, ou seja, da presença de um profissional do direito. Em verdade, essa prerrogativa está lastreada na própria Constituição da República, quando considera o causídico indispensável à administração da justiça (art. 133). (BULOS, 2009, p. 303).

Porém, essa assistência técnica não era a todos os ramos do direito pátrio. Bulos ensina que “Nas Constituições brasileiras passadas, o princípio do contraditório não alcançava, de modo expresso, os processos civil e administrativo. Apenas em relação ao processo penal a garantia prevista.” (2009, p. 300).

*A ação declaratória de constitucionalidade*, como lembrado, “pressupõe controvérsia a respeito da constitucionalidade da lei, o que é aferido diante da existência de um grande número de ações onde a constitucionalidade da lei é impugnada” e sua finalidade imediata consiste na rápida solução dessas pendências. Esse o pressuposto de sua criação, daí a ideia que deixamos expressa acima de que ela se caracteriza como um meio de paralisação de debates em torno de questões jurídicas de interesse coletivo, precisamente porque seu exercício pressupõe a existência de decisões generalizadas em processos concretos reconhecendo a inconstitucionalidade de lei em situação oposta a interesses governamentais. (SILVA, 1997, p. 60).

Por esta forma, a ação declaratória de constitucionalidade é o caminho a ser utilizado para questionar as leis que não estão em consonância com o texto constitucional. Com esta medida, almeja-se sempre elevar a posição suprema que a Constituição Federal tem no sistema normativo nacional.

Acrescente-se inferir que:

“[...] as exceções legais não poderiam configurar aniquilação do princípio constitucional, devendo ser balizadas pelas regras atinentes à matéria: excepcionalidade da autorização judicial, em face da ocorrência de crimes particularmente graves; observância dos requisitos de *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, motivação da ordem judicial etc.”. (GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, 2004, p. 213).

Assim sendo, o constituinte ao elaborar a vigente Constituição Federal elencou direitos e garantias às pessoas, porém não de forma absoluta. Em outras palavras, quando houvesse uma invasão as proteções constitucionais somente com o crivo do poder judiciário poderia ultrapassar referida proteção. Gomes (1997) ensina que:

“[...] essa probabilidade de existência de uma infração penal, ademais, para além de expressar a existência concreta de um fato, penalmente relevante, deve ser concebida em sentido mais amplo, para alcançar vários outros pressupostos da punição, tais como: punibilidade da infração (ausência de causas impeditivas como imunidade parlamentar, imunidade diplomática, etc.), presença de condições objetivas de punibilidade, pretensão punitiva estatal não prescrita, presença de condições de procedibilidade (manifestação de vontade da vítima quando se trata de ação penal privada ou pública condicionada à representação) etc. Em suma, somente quando se vislumbra a viabilidade real de punição é que se deve autorizar a

interceptação telefônica, que é medida reconhecidamente excepcional, por envolver um dos direitos fundamentais mais salientes: o direito ao sigilo das comunicações.” (p. 180 – 181).

Diante deste cenário apresentado, para o deferimento de uma interceptação telefônica deverá haver um conjunto de fatores e circunstâncias para tal medida porque é um meio muito excepcional se considerando a privacidade como garantia a efetivação da intimidade.

### 3 INTERESSE PÚBLICO *VERSUS* INTERESSE PRIVADO

Compreendido a importância de um Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal pátria, a partir de agora se inicia uma discussão a respeito do confronto entre o interesse público e o privado das interceptações telefônicas haja vista que por meio deste meio investigativo existe uma invasão da vida privada do investigado.

Como já estudado, o inquérito policial é presidido pela autoridade policial, e tal caderno investigativo está sob o manto do direito administrativo e seus princípios. A justificativa para o uso deste ramo do direito se deve a autonomia que o delegado de polícia tem na condução dos trabalhos policiais.

Neste sentido, veja que:

A vantagem e praticidade de ser o inquérito inquisitivo concentram-se na agilidade que o Estado possui para investigar o crime e descobrir a autoria. Fosse contraditório, tal com o processo, e poderia não apresentar resultado útil. Portanto, deve-se buscar a exata medida para considerar o inquérito inquisitivo, embora sem que possua caráter determinante ao magistrado no momento da sentença. (NUCCI, 2010, p. 167).

Diante disso, poderiam existir duas fases para o investigado se defender, isto é, uma na fase inquisitiva e a outra na fase postulatória acaso houvesse a possibilidade do contraditório perante a autoridade policial. Assim, havendo desde a fase inquisitiva o contraditório, as atividades policiais não teriam a agilidade na apuração da autoria e materialidade.

Tourinho filho (2008, p.35) explica que:

O processo é eminentemente contraditório. Não temos figura de juiz instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a Autoridade Policial procede investigações não contraditórias, colhendo, à maneira do Juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e da respectiva autoria. Com base nessa investigação preparatória, o acusador, seja órgão do Ministério Público, seja a vítima, instaura o processo por meio de denúncia ou queixa. Já agora, em juízo, nascida a relação processual, o processo torna-se eminentemente contraditório, público e escrito (sendo que alguns atos são praticados oralmente, tais como debates em audiências ou sessão). O ônus da prova incube às partes, mas o Juiz não é um espectador inerte na sua produção, podendo, a qualquer instante, determinar de ofício, quaisquer diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Nesta seara, resume-se que a fase processual penal, ou seja, a fase postulatória, não obrigatoriamente surge após a conclusão do inquérito policial. E independentemente da sua obrigatoriedade desde que apurado autoria e materialidade, o membro do Ministério Público o qual é o titular da ação penal irá oferecer a denúncia ao poder judiciário, e iniciando a persecução penal. Deve-se menciona que “O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado.” (LOPES JUNIOR, 2008, p. 59).

Continuando a temática:

No Brasil a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal. Estabelece “o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV); a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I), embora assegure ao ofendido o direito a ação privada subsidiária (art. 5º, LIX); a autoridade julgadora é a autoridade competente – juiz constitucional ou juiz natural (arts. 5º, LIII, 92 a 126); há publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou do interesse social o exigirem (arts. 5º, LX e 93, IX). (MIRABETE, 2002, p. 41).

Do excerto acima se visualizam que a lei poderá impor limites a respeito do princípio da publicidade quando da intimidade ou interesse social. Portanto, as investigações policiais que fazem uso das interceptações telefônicas são iluminadas por essa imposição legal acerca da não publicidade.

Lopes Junior (2006, p. 164) enumera os seguintes elementos do sistema acusatório pátrio:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à colheita da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento em regra é oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Dentre as enumerações elencadas a que se destaca na pesquisa em tela é a imparcialidade do juiz tendo em vista que ele fará o juízo de plausibilidade dos fatos apresentados e suas circunstancias para o deferimento ou não dos pedidos

daqueles que fazem parte da relação processual. O código de processo penal menciona que:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Neste artigo, o próprio código processual penal dispõe as situações para a produção antecipada de provas tendo em vista a relevância do tema e o lapso temporal. Giacomolli (2008, p. 36) possui o seguinte entendimento:

Enfim, o que já era ruim ficou ainda pior, pois com a recente reforma ocorrida no Código de Processo Penal brasileiro, se perdeu grande oportunidade de afastar a atuação do juiz, sem a provocação das partes, na fase probatória. As diligências ex officio não encontram sustentação num processo penal acusatório, pois na dúvida sobre ponto relevante aplica-se o in dubio pro reo, som solução absolutória. Determinar diligências de ofício, nessas hipóteses, significa produzir prova acusatória em detrimento do acusado.

Diante disso, indaga-se a respeito da imparcialidade e neutralidade do juiz haja vista a possibilidade de intervir tanto na fase inquisitiva quanto na fase postulatória.

### 3.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Contextualizando o primeiro e segundo capítulo da presente pesquisa, a relevância de um Estado constituído com base no princípio da legalidade fortalece o sistema normativo, e no caso brasileiro enaltece a Constituição Federal.

É que a história das civilizações resume-se, até os nossos dias, no embate entre a opressão e a liberdade. Daí a busca pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, de modo que a razão sobrepuje a força e a violência. Se é exato que esse embate culminou com eclosão da Revolução Francesa, mais certo é que os ideais de liberdade, democracia e justiça sempre foram a tônica dos reclamos contra os processos de domínio das coletividades. (BULOS, 2009, p. 7).



Neste fragmento, nota-se que é uma constante a luta pela liberdade. A razão tem que ser o norte para combater a força e a violência. Continuando, Sarlet (2014, p. 703) explica que:

De forma absolutamente inovadora na ordem interna, nossa Constituição assevera que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Com isso, institui o *direito fundamental ao processo justo* no direito brasileiro. Embora de inspiração estadunidense notória, sendo nítida a sua ligação com a V e a XIV Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, certo é que se trata de norma presente hoje nas principais constituições ocidentais, consagrada igualmente no plano internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), arts. 8º e 10; na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), art. 6º; no Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966), art. 14; e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), art. 8º. O direito ao *fair Trial*, não por acaso, constitui a maior contribuição do *common law* para a civilidade do direito e hoje certamente representa o novo *jus commune* em matéria processual.

Nesta esteira, a Constituição Federal assegura o processo como direito fundamental. Diante disso, qualquer contenda deverá ser precedida pelo processo, isto é, judicial ou administrativo. E continuando o estudo:

O direito ao processo justo é um direito de natureza *processual*. Ele impõe *deveres organizacionais* ao Estado na sua função *legislativa, judiciária e executiva*. É por essa razão que se enquadra dentro da categoria dos direitos à organização e ao procedimento. A legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais não são nada mais, nada menos do que concretizações do direito ao processo justo. O mesmo se passa com a atuação do Executivo e do Judiciário. A atuação da administração tem de ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo. O juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo. O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição. (SARLET, 2014, p. 705).

No presente trecho, chama aos olhos a expressão Estado Constitucional porque ele tem o dever de efetivamente tutelar os direitos. Desta feita, o juiz ao construir sua decisão ou sentença deve interpretar e aplicar as leis infraconstitucionais a luz da Constituição Federal. Completando o entendimento:

O direito ao processo justo constitui *princípio fundamental* para organização do processo no Estado Constitucional. É o *modelo mínimo* de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas. (SARLET, 2014, p. 704).

Acrescenta-se que “Através dos *princípios fundamentais*, auscultamos os *valores constitucionais* que inspiram e corporificam os conteúdos positivados pelo legislador constituinte.” (BULOS, 2009, p. 73.).

Todo e qualquer processo está sujeito ao controle de sua *justiça processual* como condição indispensável para sua legitimidade perante nossa ordem constitucional. Tanto os *processos jurisdicionais* – civis, penais, trabalhista, militares e eleitorais – como os *não jurisdicionais* – administrativo, legislativo e arbitral – submetem-se à cláusula do processo justo para sua adequada conformação. Mesmo os *processos não jurisdicionais entre particulares*, quando tendentes à imposição de penas privadas ou restrições de direitos, devem observar o *perfil organizacional mínimo de processo justo* traçado na nossa Constituição. Fora daí há nulidade por violação do direito ao processo justo.

A observância do processo a luz da Constituição Federal é aplicar princípios e garantias constitucionais àqueles que fazem parte de uma relação processual; principalmente na esfera penal porque a liberdade do réu poderá ser ceceada.

### 3.2 LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DOS JUÍZES

Para a realização de suas atividades, o Estado possui uma organização harmoniosa para a realização de seus fins objetivos os quais são constitucionalmente estipulados. E essa organização se inicia na divisão de poderes os quais são: legislativa, judiciária e executiva.

Para assegurar a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégio que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

[...]

Ao mesmo tempo que as prerrogativas colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular, sempre como objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração. (DI PIETRO, 2009, p. 61–62).

As atividades exercidas pela Administração Pública cumprem um dos princípios importantíssimos que é o da legalidade.

[...] Assim, os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como “concessões” estatais e nem tampouco podem ser vistos como um “resto” de direitos que só podem ser afirmados quando não estejam presentes outros interesses mais “nobres”, quais sejam os públicos. Ao contrário, os direitos fundamentais “privados” devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica. (SCHIER, 2005, p. 228).

Neste extrato, examina-se que os direitos fundamentais privados fazem parte do interesse público. Consequentemente, o interesse público é alcançado quando também os interesses individuais são respeitados. E a interpretação desse pensamento é devido à unidade normativa. “[...] O Estado legitima-se e justifica-se a partir dos direitos fundamentais e não estes a partir daquele. O Estado gira em torno do núcleo gravitacional dos direitos fundamentais”. (SCHIER apud BAPTISTA, 2013, p. 65). Desta forma, se interpreta que:

[...] raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional. (BINENSOJM apud BAPTISTA, 2013, p.68).

Mais uma vez, é exaltada a efetivação dos princípios, valores e aspirações sociais escritos no texto constitucional brasileiro para a consecução das atividades estatais. Continuando:

O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios da adequação e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelos menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados. [...] O balanceamento sujeita-se a um terceiro sub-princípio da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio expressa o que significa a otimização relativa às possibilidades jurídicas (legal). (ALEXY, 2003, p. 135 -136).

Após a leitura deste trecho, existe um conjunto de princípios que balizam o confronto entre o interesse público e privado. Assim, leia-se o entendimento de Binenbojm (apud BAPTISTA, 2013, p. 68):

[...] o melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

[...]

A preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público. São metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas, tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública, mediante instituição de prerrogativas materiais e processuais, como preservar e promover, da forma mais extensa quanto possível, os direitos dos particulares.

O autor em tela exalta a racionalidade para efetivar o melhor interesse público sob a ótica da disciplina constitucional tendo em vista que por meio do juízo de ponderação se aplicará na medida adequada os direitos individuais na mesma mensuração do interesse público.

### 3.3 OS REQUISITOS PARA A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Com a criação da lei nº 9296/96 normatizou-se pontos os quais antes eram motivos de grandes divergências judiciais a respeito da interceptação telefônica tendo em vista que não havia um critério mínimo para o deferimento da interceptação telefônica.

Neste prisma, atente-se para os elementos de autorização da interceptação telefônica:

Art. 2º da Lei nº 9296/96 – Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:  
I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;  
II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;  
III – o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

No entanto, Grego Filho (2008, p. 20-21) cuida que:

O art. 2º da Lei 9.296 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que será ela possível. Lamentável, porque a redação negativa sempre dificulta a interpretação da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção.

Continuando a discussão, Casagrande e Moraes (2010, p.17) após pesquisa descrevem que:

Outra observação que deverá ser feita pelo juiz é sobre os princípios do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Não basta simples suposição de prática delituosa, exigindo-se indícios sérios que fundamentem a violação da intimidade do suspeito, observando-se o princípio da proporcionalidade. O poder de interceptar conversas telefônicas deve ser exercido com grande cautela, devendo ser considerado um método excepcional. O exíguo prazo para a realização da diligência é de 15 dias. Pode, contudo, ser prorrogado por igual período tantas vezes quantas for necessário.

Nota-se que o princípio da proporcionalidade é um pilar central para o deferimento de pedido de interceptação telefônica. Isto se deve porque este meio de investigativo é um método excepcional.

A interceptação telefônica é, reitera-se, medida de *ultima ratio*, extremada, e se legítima tão somente na medida da sua necessidade. Na literalidade da lei a necessidade será mensurada pela possibilidade de obtenção do mesmo resultado por outros meios probatórios que não a interceptação, atentando-se ao fato de que estes outros meios referem-se aos meios legais procedimentais e não aos meios materiais à disposição das autoridades policiais. (CASAGRANDE E MORAES, 2010, p. 16).

Outro tema muito discutido doutrinariamente e jurisprudencialmente é a possibilidade ou não do Ministério Público realizar investigações na seara criminal tendo em vista que:

O sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. Note-se que, quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir a instrução criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja, produza de per si investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal. Não é pelo fato de ser o inquérito naturalmente sigiloso que o acesso do advogado, por exemplo, é vedado. Ao contrário, trata-se de prerrogativa sua consultar quaisquer autos de inquérito, especialmente quando já há indiciado cliente seu. O mesmo não ocorreria em investigação sigilosa em transcurso na sede do Ministério Público federal ou estadual, pois nem mesmo ciência de que ela está

ocorrendo haveria. Por isso, a investigação precisa ser produzida oficialmente, embora com o sigilo necessário, pela polícia judiciária, registrada e acompanhada por magistrado e membro do Ministério Público.” (NUCCI, 2010, p. 147).

Entende-se que o sistema processual penal pátrio foi construído harmonicamente para que não exista um superpoder. A partir deste entendimento, caso o ministério público assumi investigações criminais estaria ultrapassando as divisões legalmente instituídas. No entanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade do Ministério Público conduzir investigações criminais por meio do RE 593727 o qual tramita naquele tribunal.

### 3.4 A ANÁLISE FILOSÓFICA

Trazer a análise filosófica para o campo das discussões jurídicas é importante porque se busca compreender racionalmente problemas que surgem a partir do desenvolvimento humano. Assim, a filosofia nos apresenta á lógica porque:

Está na história: a filosofia manifesta e exprime os problemas e as questões que, em cada época de uma sociedade, os homens colocam para si mesmos diante do que é novo e ainda não foi compreendido. A filosofia procura enfrentar essa novidade oferecendo caminhos, respostas e, sobretudo, propondo novas perguntas, num diálogo permanente com a sociedade e a cultura de seu tempo, do qual ela faz parte.

Por esta compreensão, a filosofia é a primeira a responder questionamentos e dúvidas, conforme novos obstáculos e problemas nasçam. Continuando:

Como fundamentação teórica e crítica, a filosofia ocupa-se com os princípios, as causas e condições do conhecimento que pretenda ser racional e verdadeiro; com a origem, a forma e o conteúdo dos valores éticos, políticos, religiosos, artísticos e culturais; com a compreensão das causas e das formas da ilusão e do preconceito no plano individual e coletivo; com os princípios, as causas e condições das transformações históricas dos conceitos, das ideias, dos valores e das práticas humanas.

Neste fragmento, se percebe que a humanidade está em constante mutação; conseqüentemente, novos desafios vão surgindo. E a par deste cenário, o direito também deve se transformar para satisfazer os interesses individuais e coletivos.

Desde seus primórdios, a filosofia considerou que a razão opera segundo certos princípios que ela própria estabelece e que estão em concordância

com a própria realidade, mesmo quando os empregamos sem conhecê-los explicitamente. Ou seja, o conhecimento racional obedece a certas regras ou leis fundamentais que respeitamos até mesmo quando não conhecemos diretamente quais são e o que são. Nós as respeitamos porque somos seres racionais e porque elas são princípios que garantem que a realidade é racional.

As leis fazem parte da vida humana dentre elas as leis fundamentais tendo em vista que muitas vezes realizamos certas ações que não são questionadas a respeito. Desta feita, buscar um entendimento interdisciplinar para a área jurídica é compreender a sociedade. E o meio de interpretação zetético dá ênfase à instigação, o debate e a discussão para uma melhor interpretação a respeito de fatos jurídicos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho de conclusão de curso acima tecido tratou do confronto entre o interesse público e privado das interceptações telefônicas na fase inquisitiva sob o manto das garantias constitucionais. Esta temática está na ordem do dia tendo em vista que as mídias nacionais ao publicar crimes desvendados pela polícia são quase que sempre frutos de investigações que se basearam na interceptação telefônica.

Nesta esteira, sob a luz da Constituição Federal, com o objetivo de agregar conhecimento no que tange ao tema em tela o fim almejado foi alcançado porque se conseguiu elencar elementos normativos e princípios constitucionais que o juiz possui quando do deferimento ou indeferimento de pedido feito pela autoridade policial para iniciar uma investigação criminal se utilizando da interceptação telefônica. E esses tais elementos normativos e princípios constitucionais são importantes porque a autoridade judiciária fará o juízo de discricionariedade do confronto entre o interesse público e privado deste meio investigativo, porque a interceptação telefônica é um meio de investigação muito invasivo.

O método de estudo aplicado foi a zetética jurídica porque abriu questionamentos acerca dos interesses de uma investigação criminal, isto é, cumprir a Constituição Federal ou devassar aleatoriamente a liberdade do investigado na busca de justiça. É de ressaltar que o método dogmático também foi utilizado haja vista que o confrontando com o método zetético se conclui que a Constituição Federal deve ser o ponto de partida de qualquer ação estatal.

A interceptação telefônica é disciplinada pela Lei 9.296/96 tendo em vista que antes de sua criação havia vários entendimentos a respeito e acaloradas discussões. Assim, se verificou que o desenvolvimento tecnológico é uma constante, e transformando aquela lei quase que obsoleta haja vista que a tecnologia móvel alargou o seu uso, ou seja, hoje com o aparelho celular permite utilizar a internet.



E devido às facilidades de obtenção de um ponto de acesso à internet e as vantagens de seu uso, a maior parte dos usuários estão trocando a fala verbal pelo uso de mensagens, e atualmente o aplicativo denominado “what’s up” é o modismo da vez. Portanto, o avanço tecnológico faz parte do cotidiano das pessoas e o direito deve acompanhar essas transformações tecnológicas para inibir práticas delituosas que colocam a sociedade em risco.

Desta forma, o direito se socorre aos princípios para acompanhar as mudanças sociais para melhor atender aos anseios daqueles que buscam o poder judiciário para solucionar problemas que surgem da convivência social. Neste prisma, o princípio da proporcionalidade é o utilizado pelo o juiz quando do confronto entre interesse público e privado das interceptações telefônicas sob o crivo das garantias constitucionais.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*, v.16. v. 2, n. 16, 2003.
- BAPTISTA, Isabelle de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do estado democrático de direito**. Revista TCEMG, jan., fev., mar., 2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2009.
- CASAGRANDE, Elaine Glaci Fumagalli Errador; MORAES, Ivan José de. **Da legalidade da interceptação telefônica como meio de prova**. Revista eletrônica direito, justiça e cidadania, São Roque/SP, v. 1, nº 1, 2010.
- CHAUÍ, Marilena. **Iniciação à filosofia**. 1. ed. São Paulo: Ática, 2010.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da constituição**. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 43. ed. Rio de Janeiro: 2010.
- GREGO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica. Considerações sobre a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GUIMARÃES. Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. Traduzido por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

### OBRAS CONSULTADAS

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.